

中国法における撫養権の実現に関する 理論的な再構築

徐 文 海*

目 次

- はじめに
- 一、撫養権の実施に関する典型的なモデル
 - 1、中国モデル
 - 2、ドイツモデル
 - 3、日本モデル
 - 4、各モデルの比較
- 二、撫養権判決の性質
 - 1、給付判決説への批判
 - 2、確認判決説への批判
 - 3、形成判決説への批判
- 三、実現経路
 - 1、強制執行
 - 2、非訟手続
- おわりに

はじめに

中国では、離婚訴訟においては、子の撫養権¹⁾が問題となることが多く、子の引渡しを目的とする執行が求められる。また、直接に養育しない親が

* ジョ・ブンカイ 華東師範大学法学部准教授

1) 撫養権という中国家族法概念は親権や監護権に翻訳されることが多いが、各概念の差異を強調する本稿は原文のまま使って検討する。

子と面会交流中に、子の連れ去りや隠匿をし、長期間にわたり返還を拒否するケースも増加している。これらは、撫養権を軸とした子の引渡しに関する撫養権の執行問題と言える。しかしながら、司法実務においては、民事訴訟法や関連する司法解釈において子の引渡しの執行に関する規定が不十分であるため、多くの撫養権案件が効果的に執行されず、結果として撫養権執行が不成功に終わる事例が数多く発生している²⁾。

子の撫養権問題の効果的な解決を目指し、先行研究は、直接執行の正当性を前提として、撫養権の直接執行の必要性、正当性、実現可能性について分析し議論することに重点を置き、比較法を踏まえて直接執行制度の構築に向けた様々なスキームを提案している。しかし、これらの研究には依然として以下の問題点がある。第一に、比較法研究は直接執行に関連する内容にのみ焦点を当てており、親権規範や申立て手続きを含む撫養権実現手続き全体の概観・分析が十分でない。第二に、撫養権判決の訴訟類型に関する議論は、実体法規範や司法判決の内容との整合性を欠いている。第三に、撫養権判決における「撫養権」の本質に関する議論は乏しい。

本研究では、中国における撫養権執行の現状を分析し、ドイツと日本の関連する実現モデルを組み合わせ、中国における撫養権判決の性質を分析し、最後に撫養権実現に対する執行と非訟手続きの二つの道の改善案を提案する。

なお本稿の比較の対象としての日本法は、2024年5月の法改正（2026年4月1日施行）前の離婚後単独親権制を対象としている。子の引渡し請求を、親権者から非親権者ないし法律上監護権を有しない者に対する妨害排除請求として構成することが可能であり、引渡し請求の可否として紛争を単純化することができた³⁾。前述の法改正により、離婚後の共同親権を選択した

2) 劉征鋒「中国撫養権執行的困境、成因和出路」江漢學術2016年第4期39頁参照。

3) ただし、判例は、子の意思の把握や面会交流の保障等、家事事件手続において子の福祉に対する配慮が図られていることから、合理的な理由がない場合には、妨害排除請求は権利濫用に当たるとする（最判平29〔2017〕・12・5民集71巻10号1803頁）。

場合、当初の合意に反して、一方が他方の同意を得ないまま、子を確保し共同生活を続ける事例が生じることもありうる。本研究がそうした場合の解決方法を検討する一助になれば、幸いである。

一、撫養権の実施に関する典型的なモデル

1、中国モデル

親権や監護権という権利は明確に規定されず、中国民法典第1058条では、親は子を「撫養・教育・保護する権利と義務」を有すると規定されている。撫養とは、親が子に対して行う経済的・物質的な支援、および日常的な養育を指すと一般的に考えられている。しかし、撫養の範囲は明確に定義されておらず、一般的には、親による子の養育や世話といったあらゆる行為が撫養の概念に該当すると考えられる。

民法第1076条は、離婚協議書において子の撫養に関する合意事項を定めなければならないと規定しており、第1084条および関連する司法解釈で、離婚訴訟における子の撫養問題の取り扱いに関するルールを定めている。社会人や法律専門家は、撫養に関する判決は「撫養権の分割」に関する判決と解釈するのが一般的である。つまり、裁判所が一方の親に撫養権を与え、離婚後、その親が子に対する排他的な養育・共同生活の権利を有し、もう一方の親には面会交流の権利が与えられることを意味する。しかし、実体法および裁判理由の一般的な文言に基づくと、子の撫養権に関する法的判断は、必ずしもこのような解釈にはならない。

まず、実体法の観点から見ると、未成年者保護法第24条は「撫養権」や「面会交流権」といった表現を明示的に用いているものの、これらの表現から両権利は各当事者一方のみが有する権利として即断的に解釈することはできない。未成年者保護法は未成年者の権利を保護することを強調し、文言上の表現は民法との統一・調和させる工夫がなかった。「撫養権」という「権利」を規定されても、訴訟で直接にこの24条を準拠法とする事案も見ら

れなかった。さらに、民法第1084条第1項は、「父母の離婚によって父子の關係は消滅しない。離婚後、子が父母のいずれかによって直接養育されているかを問わず、子は父母双方の子である」と規定している。第2項は、「父母は、離婚後も、子を撫養し、教育し、保護する権利及び義務を有する」と規定しており、離婚後も父母の撫養権は消滅しない。民法第1084条第3項の「直接撫養」の認定に関する規定や「子の最善の利益」の原則、さらに「直接撫養」の認定に関する詳細な司法解釈を考慮すると、「直接撫養」の具体的な意味は「一方の親と共同生活すること」と解釈すべきである。

第二に、判決における一般的な文言もこの解釈を裏付けている。「離婚判決」における撫養権に関する文言は、通常、「原告／被告⁴⁾によって直接撫養されている」、「原告／被告⁵⁾によって撫養されている」、「原告／被告⁶⁾によって撫養・教育されている」、「原告／被告⁷⁾と共同生活している」といった表現が用いられている。したがって、判決に関する具体的な権利の有無にかかわらず、撫養権判決においては、裁判所が実際には子供の生活場所を決定していることが明らかである。なぜなら、離婚後、両親が別居した事実に基づき、子は一方の親としか生活できないからである。中国でのいわゆる「撫養権の執行」においては、離婚協議書や裁判で直接養育者として指定された親と子が現実的に暮らすことをいかに確保するかが鍵となる。

中国の司法実務では、離婚したときの撫養権調停合意・判決、および撫養権変更判決が有効になったとき、実際に子が撫養権を持たない親と暮らしている場合には、有効な法律文書によって撫養権を有する一方の親が執行を申し立てなければならない。子が撫養権を持つ親と暮らしている期間中に、もう一方の親やその家族が子を奪ったり隠匿したりして返還を拒否

4) (2025) 魯1428民初1137号、(2016) 湘1121民初948号。

5) (2024) 粵1802民初12368号、(2016) 魯0213民初3093号。

6) (2025) 浙0102民初2128号。

7) (2024) 滬0110民初5039号、(2023) 滬0115民初118388号。

しているときには、撫養権を持つ親は通常、撫養権判決の執行を申し立てたり、人身安全保護命令を申し立てたりする⁸⁾。婚姻家庭編司法解释（二）第12条はまた、子の奪取や隠匿の場合に、人身安全保護命令や人格権禁令⁹⁾（差止請求権）を適用することを認めている。

実務上、被執行人が子を隠匿する現象は深刻であり、親や親族と協力し、子を「移動して隠匿」するケースさえある¹⁰⁾。さらに、執行官が何度も連絡を取っても、子を自発的に引き渡すことに消極的であることが多い。実際の執行においては、民事訴訟法や関連する司法解释において子の引き渡しに関する規範が不足しているため、裁判所は調停に過度に依存している。調停が不成立となると、裁判所は通常、申立人に申立を取り下げよう説得するか、執行不能を理由に執行手続きを中止させる。罰金や留置といった間接的な執行措置は、被執行人が実際に養育している未成年の子に悪影響を及ぼす可能性があり、実際の効果も理想的ではないため、慎重に適用される。直接的な執行については、明確な規範の欠如や子の個人的利益の関与を考慮すると、あえて適用する裁判所はほとんどない。同時に、専門的な調停メカニズム、ソーシャルワーカーや心理学の専門家による調査メカニズム、その他の支援的な執行メカニズムが欠如しているため、中国における撫養権の執行は非常に粗雑なものとなっている¹¹⁾。

中国における現在の撫養権執行モデルは、以下のように要約できる。執行は、撫養権に関する有効な調停書または判決を債務名義とし、また特別

8) 王超・張碩洋「尋女記」WeChat 公式アカウント「上海高院」に掲載。https://mp.weixin.qq.com/s/0glr_pbtZIZYnewLMediOA。

9) 中華人民共和國民法典の997条（人格権禁令）：民事主体は、その人格権を侵害する違法行為を行為者が実施し、又は実施しようとしており、これを直ちに阻止しなければ、その合法的な権利・利益に回復不能な損害をもたらすことを証明する証拠があるときは、行為者による関連行為の停止を命じるよう措置を講じることを、法に従い人民法院に申請する権利を有する。小田美佐子・朱擘（共訳）「中華人民共和國民法典（2・完）」立命館法学2020年3号478頁参照。

10) 孫佳欣・徐梓呈「涉撫養權案件強制執行的困及破解」人民法院報2022年7月13日7頁参照。

11) 劉征鋒・前掲注2）・41頁参照。

な状況においては人身安全保護命令の決定を債務名義として、主に調停と間接的な強制措置を通じて行われる。

2、ドイツモデル

ドイツでは1979年に「親配慮権法」が公布され、「親権」を「親としての配慮」という概念に置き換え、親権の義務性を強調した。婚姻関係の解消と親権の関係については、1998年の「児童権法改正」において「離婚と親の配慮の変更が分離する原則」が確立され、離婚が必ずしも親の養育・配慮の変更につながるものではなく、離婚後も「法律に従って直接」養育・配慮を受ける権利が継続することになった¹²⁾。これは、子に対する両親の共同責任を最大限に維持し、未成年の子どもへの悪影響を軽減することを目的としている¹³⁾。

しかし、離婚後に両親が別居するという事実を踏まえると、子がどちらの親と暮らすべきかという問題は必然的に生じる。ドイツ民法典第1631条は、親の養育における居所指定権を規定しており、これには、子の居所を決定する権利と義務が含まれている。離婚後、別居した両親の「共同養育・配慮」では、当然に子がどちらの親と暮らすべきかを導くことはできない。両親はまずこの問題について協議する必要がある。合意に至らない場合、裁判所は申立てに基づき、第1671条に基づき、単独養育・配慮権または部分養育・配慮権（居所指定権）を一方の親に変更することができる。ドイツ民法典第1628¹⁴⁾条は、裁判所が「特定の種類の事務」に関する決定権を一方の親に委任できると規定される。したがって、子の居所の問題に関しても、両親はこの条文を通じて単独居所指定権を取得することができる。この条文の適用については、第1671条と重複しているが、第1671条

12) ディーター・シュヴァーブ著・王葆蒔訳『ドイツ家族法』（法律出版社 2022年）475頁参照。

13) 王葆蒔「“児童最大利益原則”在德国家庭法中的实现」ドイツ研究2013年第4期39頁参照。

14) ディーター・シュヴァーブ・前掲注12)・476頁参照。

は長期的な解決策の提供に重点を置いているのに対し、第1628条は主に現時点の意見の相違を扱っている¹⁵⁾。

子の引渡しに関しては、ドイツ民法典第1632条によれば、両親の間で子が連れ去りまたは隠匿された場合、居所指定権を持つ親は、同条第3項に従って家庭裁判所に子の返還を申し立てることができる。身上配慮に基づく子の引渡しの請求権は、居所指定権から必然的に生じる結果である。両親が共同で子を養育している場合、一方の親が子を連れ去り、もう一方の親は子の引渡しを要求する権利を持たない。第1628条または第1671条を通じて単独決定権あるいは居所指定権を取得しなければ¹⁶⁾、第1632条に基づいて子の引渡しを請求する権利を行使することができない。

子の引渡しに関する判決の執行については、家事事件及び非訟事件手続法第89条、第90条がそれぞれ間接執行措置と直接執行措置を規定している。第90条は、第89条に規定される秩序措置（秩序金又は秩序拘禁）が功を奏さなかったとき、裁判所は、明示の決定¹⁷⁾により、直接強制を命ずることができる。

3、日本モデル

日本民法にも親権の中で居所指定権が規定されているが、裁判所に子の引き渡しを請求する権利の基礎は、親権における監護になる。

ドイツ民法と異なり、日本民法では、離婚に伴って親権の変更を行う原則が採用されており、離婚後、父母の一方が親権者と定められることが規定される。特に離婚訴訟における親権の指定については、人事訴訟法第32条により、離婚訴訟において、当事者の申立てにより、家庭裁判所は、判決において子の監護者の指定に関する附帯処分を同時にすることができ、ま

15) ディーター・シュヴァーブ・前掲注12)・485頁参照。

16) ディーター・シュヴァーブ・前掲注12)・439～440頁参照。

17) 王葆蒔・張桃榮・王婉婷訳『家事事件及び非訟事件手続法』（武漢大学出版社 2017年）40頁参照。

た、この手続きにおいて子の引渡しを命ずることができることとされている。この処分は債務主義であり、執行力を有する¹⁸⁾。手続上は、人事訴訟手続と附帯処分手続の関係は単純な併存構造ではなく、人事訴訟手続を基本手続とし、その中に非訟手続が内包される構造となっている¹⁹⁾。

親権者の指定の問題は、離婚訴訟における付帯処分手続によって扱われるほか、家事事件手続法第二編第二章第八節「親権に関する審判事件」において、民法第819条第5項及び第6項に基づき、家庭裁判所に親権者の指定又は変更を申し立てる手続が規定されている。家事事件手続法第171条は、親権者の指定又は変更の審判において、当事者に対し、子の引渡しを命ずることができることを規定している。

子の引渡しが成立し、親権者と正常に生活している場合において、相手方が無断で子連れ去ったり、隠匿したりした場合には、親権者は、親権に基づく妨害排除の申立て（民法第820条）により、非監護親に対し子の引渡しを請求することができ、また、子の監護に関する処分により、民法第766条第1項により、子の引渡しを請求することができる。実際の紛争形態としては、相手からは、対抗する形で親権者の変更あるいは監護者の指定を申し立て、監護の正当な権限を求めることが多い。非親権者から引渡請求をする場合にも、自分への親権者の変更または監護者の指定の申立てと併せて請求することが多い²⁰⁾。

日本民法第820条は、親権のうち、監護権と教育権の内容を規定している。この監護権は子の引渡しの執行の法的基礎であると思う。監護権は親権から分離することができ、親権者以外の者が子の監護権を持つことができる。実務においては、裁判官が婚姻当事者の適格性を考慮して、父親が財産管理能力があると判断して父親を親権者に、母親に実質的な監護能力がある

18) 松本博之著・郭美松訳『日本人事訴訟法』（廈門大学出版社 2012年）267～268頁参照。

19) 梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法第3版』（有斐閣 2016年）581頁参照。

20) 二宮周平『家族法第6版』（新世社 2024年）122～123頁参照。

と判断して母親を監護者に指定するケースがある²¹⁾。この場合²²⁾、父親の親権は、監護権を伴わず財産管理権に限定される。離婚訴訟における親権者や監護者の選任という付帯処分²³⁾ あり、民法第819条第5項及び第6項に基づく親権者選任変更手続きであり、子の引渡し請求であり、子の引渡し命令を指示する民法上の権利は、実際に親権に帰属する監護権であると思われる。

子の引渡しの執行について、2019年に改正された民事執行法第174条第1項は、執行裁判所が決定により執行官に子の引渡しを実施させる方法（直接執行）と、第172条第1項に規定する方法（間接執行）のいずれかにより行うことができると規定している。したがって、子の引渡しの直接執行が認められている。

4、各モデルの比較

執行名義について、ドイツ法の「離婚と親権の変更が分離する」原則と類似する中国民法典第1084条第1項及び第2項は、いずれも離婚によって親の子に対する権利義務が変更されないことを規定している。この原則によれば、ドイツ法において、子の引渡しは直接に親権や監護権から解釈することができない。なぜなら、離婚するか否かにかかわらず、両親とも親権を有するからである。ゆえに、一方と共同生活するために、居所指定権を単独に規定しなければならない。日本法は、単独親権であるから、親の一方と生活することを直接に単独親権や単独監護権から導くことができるので、わざわざ居所指定権を規定する必要がないといわれる²⁴⁾。

しかし、国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約実施法に基づく子の返還決定後の人身保護請求の最高裁第一小法廷平成30年3月15

21) 二宮周平・前掲注20)・121頁参照。

22) 横浜家審平21 [2009]・1・6 家月62巻1号105頁。

23) 二宮周平・前掲注20)・121頁参照。

24) 二宮周平『家族法第5版』（新世社 2021年）235頁参照。

日判決²⁵⁾は、822条の居所指定権条文を“復活”させる機会を与えた。子の引渡しに関する伝統的な事例はすべて親権・監護権を有する親が権利のない親に対する請求である。しかし、居所指定権は子が親権者と一緒に生活することだけでなく、どこで一緒に生活するかまで確定すべきものである。この事案からみれば、監護権の有する母親が子を連れて日本へ帰ったのは、父親の面会交流の権利を侵害したこととなる。この理由だけではなく、もし居所指定権条文を解釈して、最初に子の監護について「母親と一緒に生活する」との決定ではなく、さらに詳しく「母親と一緒にニューヨークで生活する」まで出すべきであろう。居所指定権は、権利者の権利だけではなく、相手の面会交流の権利を保障する義務の側面の意味もある。これは第820条「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」との趣旨とも一致すると思う。

一方、中国法では、ドイツ法のような居所指定権の条文もなく、日本法のような単独親権の規定もない。しかし、子の共同生活を中心とする撫養権の問題は離婚訴訟において扱われるべきとされており、これは日本法における離婚手続における子の監護者選任の附帯処分手続に類似している。

手続面では、ドイツでも日本でも家庭裁判所から家事事件手続法などの手続法によって子の監護・配慮・共同生活を解決する。ドイツでは、居所指定権者は、ドイツ民法典第1632条に基づき、家庭裁判所に対し、子の引渡しに関する審判を申立てる。ドイツの家事事件及び非訟事件手続法は、子の引渡しに関する詳細な手順を規定している。例えば、子の引渡しに関する親子関係事件については、同法第155条第1項において、優先的に、かつ、迅速に遂行されなければならないことが規定され、第2項において、裁判所は期日に関係人と討論し、少年局の陳述を聴取することが規定されている。また、第156条において、裁判所は、子の福祉に反しない場合には、手続がどの段階にあるかを問わず、関係人の合意を促すものとするのが規

25) 本判決の詳細は、最高裁第一小法廷平成30年3月15日判決 Westlaw Japan 文献番号 2018WLJPCA03159001を参照。

定されている。第158条は、子の利益を擁護するために必要である限り、裁判所は未成年の子のために専門的な適格性および人的な適格性を有する手続補助人を選任しなければならないと規定している。いま現在、中国では家事事件手続法がないので撫養権事件はすべて訴訟手続によって解決され、強制執行法草案もまだ全人代に提起されていないので、執行に関連する規範もほとんど存在しない。

二、撫養権判決の性質

中国では、撫養権は訴訟手続を通じて実現される。撫養権判決の性質に関して、通説としての給付判決説の見解については、請求権の根拠、判決主文の具体的な内容、執行の対象物及び執行方法において合理的でない点が多く残る。確認判決説は撫養権事件と理論的に矛盾し、形成判決説は以上の二説に比べてより撫養権判決と合致するが、実体法規範上の具体的な形成権がないという矛盾から解釈しにくい。

1、給付判決説への批判

子の撫養権に関する判決の本質は給付判決であり、その訴訟物は、直接養育・配慮に基づく子の引渡しから生じる債権債務関係であるとする見解が通説となっている。つまり、離婚訴訟において、裁判所で相手方に対し、子の直接養育に関する一定の義務の履行を求めることであるといわれている²⁶⁾。この見解は、司法実務における子の撫養権執行についての長年の難点を解消させることを目的とする。「直接撫養」という裁判主文を「債務者の債権者への子の引渡し行為」を内容とする執行名義と解釈することによって、子が直接の執行の目的物にはなり得ないという執行法の原則を回避し

26) 劉穎「交出未成年子女強制執行的立法論」中国政法大学学報2023年第2期125頁参照；解於申・董艷雪「交出未成年子女強制執行程序的反思与優化」『家族法実務』（法律出版社2024年）35頁参照。

ている。しかし、この理論的説明は、家族法の法規範や司法実務における判決文の表現と合致していない。

(1) 判決主文の文言を給付判決と解釈することは困難である

給付判決とは、裁判所が被告の作為または不作為を求める原告の請求を命ずる判決をいう²⁷⁾。通説によれば、すべての民事判決は確認判決の部分を含み、給付判決は単に裁判所の履行命令である。したがって、給付判決と確認判決の区別については、確認判決に加えて明確な履行命令があるかどうかが区別の基準であるとする学者もいる²⁸⁾。さらに、中国民事訴訟法解釈第461条第1項第2号によれば、有効な法律文書は、執行の申請条件を満たすために明確な履行内容を持たなければならない。

給付判決説を支持する学者たちは、撫養権判決における明確な履行内容、すなわち債務者が子を引き渡し、撫養関係変更を行わなければならないことが明記されていると主張する²⁹⁾。しかしながら、司法実務においては、撫養権判決の文言を「明確な履行内容」と解釈することは困難である。前述のように、離婚判決では撫養権に関する条項に「子が原告／被告によって養育される」または「子が原告／被告と共同生活する」と明記されるのが一般的であり、撫養権変更事件も同様である。したがって、撫養権判決は、どちらの親が直接養育するか、あるいは子がどちらの親と共同生活するかを確認するものであり、「非直接撫養親に子を直接撫養親に引き渡し」義務を履行させる条項、すなわち明確な給付命令は含まれない。これに対して、実務においては異なる見解を示す裁判所もある。父は離婚調停合意書における「双方の間に生まれた子、子1は父が養育し、子2は母が養育する」という内容に基づいて裁判所に執行を申し立てた。地方裁判所は調

27) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(有斐閣 2006年) 65頁参照。

28) 曹志勳「民法典背景下民事給付之訴的原理与の認定：以給付的内容为中心」南大法学 2021年第5期125～141頁参照。

29) 解於申・董艶雪・前掲注26)・36頁参照。

停合意書が「撫養権の帰属のみを確認し、支払い内容については明記されていない」として、父の申し立てを却下した。しかし、北京市第一中級人民法院（高裁）は、この民事調停合意は「撫養権の帰属を確認し、（ゆえに）父の子1の撫養義務を明確にするとともに、撫養権の行使方法を（さらに）定めたもの」と判示した³⁰⁾。具体的には、母は「父が子1に対する撫養権を行使する過程において、父による直接的な撫養権の行使を妨げてはならない義務を負う」としている。上記判決文中の括弧内の内容は、筆者による判決の論理の展開の判断である。北京市第一中級人民法院は、「子1は父が養育する」という撫養権判決によって撫養権の帰属が変更され、離婚後、一方の親が撫養権を行使することで、撫養権を持たないもう一方の親に行為義務があることが明確になり、撫養権の行使方法も変更されたと判断した。この解釈が、離婚後も撫養権は変わらないと規定する民法第1084条の規定と整合するかどうかについては、議論の余地があると思われる。

全体として、撫養権判決を給付判決と解釈することは、理論的に合理性があるか否かに関わらず、司法実務上、具体的な根拠を欠いている。判決文の通常の文言は、民事訴訟法の解釈における執行力のある有効な法的文書の要件を満たしていない。

(2) 対応する請求権が実体法上に見出されない

家族法規範から見ると、中国民法第1084条および「婚姻家庭および相続編司法解釈一」の関連規定は、どちらの親が子の直接撫養者にするかを定める際の考慮すべき状況と要素を規定しているに過ぎず、直接撫養でない親に何らかの義務があるかについては規定していない。これは面会交流に関する規定と比べて大きく異なる。民法第1086条第1項および第2項は、「離婚後、子を直接撫養しない親は子と面会交流する権利を有し、もう一方の親は協力義務を負う。面会交流の行使方法および行使期間については、当

30) (2016)京01執行復54号執行裁定书。

事者の合意による。合意に至らない場合には、人民法院が判決を下す」と規定している。この条文は、離婚後の一方の当事者の面会交流ともう一方の当事者の協力義務を明確に規定しており、給付訴訟の請求権となり得る重要な規範である³¹⁾。給付内容の明確性という観点から見ると、民法第1086条に規定される面会交流の行使時期及び方法以外、2018年の最高人民法院の「人民法院の立案・裁判・執行の連携運用意見」第11条第1項第8号も、裁判所は面会交流の時期及び方法に加え、面会交流の場所及び引渡し方法も定めると規定している。面会交流に関する判決文の内容から判断すると、「権利の具体的な実現方法という名義で、父母双方の給付内容及びその実現を明らかにする」に属すると考えられる³²⁾。面会交流の判決に比べて、離婚後の子の直接撫養に関する法規範は、相手方に協力義務または引渡し義務を明示的に規定しているわけではない。これらの法規範は補完的な性質で請求権規範として解釈するのは困難である³³⁾。

(3) 子の引渡しという行為を強制執行の対象となることは合理性を欠く

未成年の子の引渡しに対する強制執行の理論的枠組みについて、給付判決説は、債務者が未成年の子を引渡す行為を執行の対象とみなし、子の身体を強制執行の対象とすることを禁じる近代法の原則を回避して、直接執行措置の適用を正当化している。しかし、この解釈は、直接執行措置が子の身体に対する強制を必然的に伴うという事実を回避することはできず、未成年の子の人格権を侵害する可能性は依然として存在する。さらに、子の引渡し行為を強制の対象とした場合、その行為の特性を踏まえると、既存の執行法には適用可能な執行方法を見出すことができない。

31) 呉香香『請求権基層検索手冊』(中国法制出版社 2021年) 157頁参照。

32) 曹志勳・前掲注28)・137頁参照。

33) 呉香香・前掲注31)・156頁参照。

① 代替可能な行動でも代替不可能な行動でもない

代替行為と非代替行為の区別は、債権者から見て、債務の履行による経済的・法的効果が、債務者自身による履行であるか否かに依存するというのが通説である³⁴⁾。代替行為は一般に単純な技術的・機械的な行為であり、債務者の特定の能力に依存しない。代替行為の債権内容は特定の財産に関わるものではなく、単なる行為であるが、その行為の効果が特定の主体に依存しないため、代替履行によって実現可能である。しかし、未成年の子の引渡しの中核的な内容は、引渡し行為そのものではなく、子の生活場所の物理的な移転、すなわち債務者と共同生活していた子が債権者と共同生活するという生活様式の変化である。したがって、未成年の子の引渡しは、代替行為の一般的なパターンには当てはまらない。

同時に、それは代替不可能な行為でもないと思う。一部の学者は、未成年の子の引き渡しは代替不可能な行為であると考えている³⁵⁾ ため、間接的な強制措置しか講じることができないという。代替不可能な行為は債務者本人によってのみ行われる必要があり、債務者以外によって行われると強制執行の目的は達成されないというのである。しかし、前述のように、未成年の子の引渡しは子自身に焦点を当てたものであり、債務者が直接引渡す必要がないことは明らかである。債務者の両親が子の要請に応じて債権者に子を引渡せば、判決の法的効果は問題なく達成される。台湾では、子の引渡しも代替不可能な行為とみなされているが、台湾の家事事件法第195条第1項には、「債権者に直接強制により子を引渡す場合には、あらかじめ執行計画を策定しなければならない。必要に応じ、債務者に事前に執行期日を通知せずに、警察機関、社会福祉士、医療援助機関、教師、外交機関またはその他の関連機関に協力を求めることができる」と規定されている³⁶⁾。債務者が立会わない前提で裁判所が子を債権者に引渡すことで直接執行を

34) 肖建国編『民事執行法』（中国人民大学出版社 2014年）336頁参照。

35) 譚秋貴『民事執行法学（第二版）』（北京大学出版社 2010年）218頁参照。

36) 廬江陽『強制執行法実務』（五南図書出版有限公司 2012年）451～452頁参照。

行うことができることがわかる。したがって、債務者が自ら引渡すことは必要条件ではないので、代替不可能な行為は債務者が自ら行う必要があるという要件と矛盾しているように思われる。

② その行動パターンは動産の引渡しに類似する

動産執行は、通常、債務者に一定の行為を要求するが、その目的は、物の占有の移転であり、物の引渡し行為そのものではない。また、金銭債権の強制執行と異なり、物の売却を要求しない。この特徴に基づき、多くの国の強制執行法は、動産の引渡し行為を独立した執行方法として規定している³⁷⁾。子の引渡し執行については、債務者が自ら子を引渡す行為は必要条件ではなく、子を債権者に引渡すことが真の目的である。行動様式の観点から、子の引渡しと動産の引渡しには明らかに共通点があり、子の引渡しのための独立した執行規定が必要となる。

したがって、たとえ撫養権判決が執行可能であったとしても、子の引渡し行為を執行の対象と解釈する場合、中国の既存の執行法はそれを実際に運用するための理論的枠組みを提供していない。給付判決説を支持する学者は、撫養権判決の執行可能性を正当化するために、子を執行の対象とすることを避け、代わりに子の引渡し行為を執行の対象と解釈する。しかし、これは相変わらず、子の身体を実際に対象とする直接執行との緊張関係を生じさせる。

2、確認判決説への批判

前述のように、撫養権判決の主文には、通常、「子は原告／被告によって直接養育される」または「子は原告／被告と共同生活する」と記載される。これは、直接撫養者や撫養方法を確認するものと解釈すれば、確認判決のように見えるが、確認判決の機能は、既存の法的効果を確認することであ

37) 肖建国・前掲注34)・323頁参照。

る。確認判決の本質と、撫養権判決とは合致しない。一方で、時系列の観点から見ると、確認判決は、判決時に発生または存在している法律関係のみを対象とする。特別な状況においては、過去の法律関係を確認することができるが、判決効力発生後の権利状況を確認することはできない。他方で、機能から見ると、確認判決の確認効果は、特定の法律関係または権利の存在を承認または否定することのみであり、「法的要件の有無」の判断に基づいて既判力が生じる。より重要なのは、確認判決は「法律関係や権利の有無」に対する既判力があるが、「法律関係や権利の実現」について執行力がない。確認判決とすると執行可能性の問題が残ることになる。

3、形成判決説への批判

形成判決説を支持する学者は、撫養権訴訟における請求は直接撫養権の帰属を確定することであり、離婚前の両親と子との間の直接撫養関係から、離婚後の夫また妻の一方と子との間に形成される直接撫養関係への変更を求めるものであり、典型的な形成判決に属すると考えている³⁸⁾。この理論によれば、実際に、婚姻関係の解消により親の撫養権の性質が変化すると主張している。離婚前は、両親が直接撫養権を有しているが、離婚後、両親が別居しているという事実に基づき、子と共同生活していない親の直接撫養権は間接撫養権に変更される。

形成訴訟は、例外的な訴訟形態であり、当事者が訴訟を通じて裁判所に権利の変更を請求できると法律で定められる場合に限られる³⁹⁾。

しかし、中国民法典第1084条第1項は、「父母の離婚によって父子の関係は消滅しない。離婚後、子は、父母のいずれが直接養育しているかにかかわらず、依然として父母の子である」と規定している。また、第2項は、「父母は、離婚後も、子を養育し、教育し、保護する権利を有し、義務を負

38) 張友連・趙唯志「撫養権直接執行の理論解釈と実現経路」浙江理工大学学報（社会科学版）2023年2期186頁参照。

39) 新堂幸司著・林劍鋒訳『新民事訴訟法』（法律出版社 2008年）149頁参照。

う」と規定しており、離婚によって父母の撫養権が消滅するわけではないことを明確に示している。立法上は離婚後における父母の撫養権の性質の変化について明確な規定はなく、表面上は離婚後における直接撫養権と間接撫養権の区別が存在しているものの、民法典の関連規定や判例解釈においては一貫して「直接撫養権」ではなく「直接撫養」という表現が用いられていることに留意する必要がある⁴⁰⁾。これは、立法上「直接撫養」に権利としての性格を付与することを拒否しているように解釈される。さらに、立法者は「間接撫養」という用語の使用を避け、「非直接撫養」というより分かりにくい概念を採用しており、これは、他方の親と子との間に間接撫養関係が成立していないことを示唆しているように思われる⁴¹⁾。したがって、直接撫養権と間接撫養権の区別は、実際に立法上における解釈上の根拠を欠いていると言える。

この条項は、子の出生によって形成された自然的な血縁関係が、自由意思によって形成された婚姻関係の解消によって影響を受けないことを明確にすることを目的としている。離婚後、一方の親が直接撫養権を持つことは、親の養育方法の変化を示すに過ぎない⁴²⁾。直接撫養の親は日常的な親子間の交流を通じて意思疎通を図り、間接撫養の親は定期的な親子間の交流を通じて、直接撫養の親と撫養権に関する意見交換を継続し、撫養権を行使することができる⁴³⁾。しかし、子と共同生活しているかどうかによる区分は、撫養権の内容の変化と解釈できるだろうか。

法改正前の日本民法の離婚後単独親権制では、一方の親が完全な親権を

40) 例えば、民法第1084条、第1085条、第1086条、婚姻家庭編の司法解釈一第44条、第46条、第47条など。

41) 高興「父母監護職責在離婚後の変与不変——以及不存在的“撫養権”」上海法学研究2020年11卷139頁参照。

42) 最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組編『中華人民共和國民法典婚姻家庭相統編理解與適用』（人民法院出版社 2020年）285～286頁；王丹「搶奪、隱匿未成年子女法律問題研究」法律適用2024年1期第121頁参照。

43) 陳曦宜「撫養権性質証成」法制与社会發展2023年2期112頁参照。

有する。具体的な権利が法律で明確に定義されていない場合でも、親権というより広い文脈の中で解釈することができる。親権の一部である監護は、親権から分離して、片親が行行使することができる。日本法は居所指定権を明示的に規定しているが、子の居所の問題は、主に監護の観点から解釈されてきた。

一方、ドイツ法では、両親は離婚後も共同親権を保持し、特定の権利を両親間で区別する必要がある場合は、別途法律で明示的に規定する必要がある。両親の別居後の「共同養育」の取り決めでは、本質的にどちらの親が子と一緒に暮らすべきかを決定することができない。ゆえに、交渉によって合意に至らない場合には、子との共同生活を確保する方法としては、居所指定権を確立することが考えられる。

まとめると、実際に撫養権という権利が中国法に存在するかどうかは問題ではない。直接に日本民法の820条と同じような民法典の1084条から解釈することができる。問題はここで議論している撫養権は婚姻中の撫養権ではなく、離婚後の撫養権ということである。つまり、ドイツ法のように婚姻中でも離婚後も共同親権の場合は離婚後の「子がどちらの親と共同生活するか」という現実的な問題は、抽象的な共同親権条文では解決できないことになる。つまり、日本では819条を前提として単独親権の場合に820条を利用して子の引渡しを請求することができるが、中国の場合は、820条（中国では1084条）があるものの、819条はない。

三、実現経路

上述の撫養権判決の性質の解釈におけるジレンマを踏まえ、中国における撫養権実現モデルを改善するためには、執行手続と非訟手続という2つの道から出発し、中国の現状と国情に適合した撫養権実現モデルを構築できると考えている。

1、強制執行

中国における子の撫養権実現への、国民のより納得できる方法は直接執行制度の改善だと思われる。まず、二つの場合を分けて分析する。一つは、離婚時に子が非直接撫養親のもとにいる場合、二つは、離婚後の日常生活において子が非直接撫養親から連れ去られたり、隠匿された場合である。

(1) 権利構成と判決性質の差異

子の引渡しの直接執行によって撫養権を実現するにあたって最も重要な課題は、撫養権条文を改正し、離婚後の親の子に対する権利の地位を明確にすることである。2つの方法があると考えている。

第一に、単独の居所指定権を規定する。ドイツでは親としての配慮の下に居所指定権が規定され、子は父母の指定する場所で一緒に生活する。離婚の際、父母は子の居所に関する問題を協議し、一致することができない場合、裁判所から居所指定権を父母の一方に指定する。中国では、表現の曖昧さを避けるために「共同生活権」という用語を用いるほうがより適切であると考えられる。この別個の立法規定は、離婚後も監護権・撫養権の権利と義務の地位が変わらないことを規定しているドイツ法と同様に、離婚においては、親の別居の事実に基づき、将来どちらの親と共同生活することが子どもにとってより適しているかを判断するだけでよいことを明確にし、撫養権判決の性質は撫養権の形成判決とする。ドイツ法では、執行手続に入る前に、親権の変更と子の引渡し命令という2つの手続を経なければならない。一方、日本法は独自の単独親権制度に基づき、家事事件手続である親権者指定や離婚訴訟の付帯処分において、子の引渡し命令を出すことができる。中国では、撫養権紛争は依然として訴訟手続で処理されている。単独の撫養権の形成判決は執行力を持たないため、撫養権判決に執行力を与えるためには、撫養権訴訟を共同生活権の変更（形成）訴訟と子の引渡しの給付訴訟の訴えの併合と解釈することができる。判決主文には、「共同生活権」を有しない当事者が子を相手方に引渡す義務を明記する必要がある

る。これは、共有財産の分割における⁴⁴⁾ 専有部分の引渡しや、契約終了後の原物返還義務と類似する。この方法の問題は国民および立法機関がこのような権利の新設に対する受容度がどの程度あるかである。

第二に、直接撫養権と間接撫養権を区別する。単独の居所指定権を設けるのではなく、離婚後の親の撫養権の性質と内容を区別し、一方の親が直接撫養権を持ち、もう一方の親が間接撫養権を持つように規定することもできる。これにより、離婚後の親の撫養権の地位が明確に区別される。さらに、訴えの併合を活用することで、撫養権訴訟は、直接撫養権から間接撫養権に変更を求める形成訴訟と、間接撫養者に子の引渡しを求める給付訴訟を強制的に併合したものと解釈でき、判決に執行力をもたせる。一つ目の方法と比べると、条文を新設せず、現在の条文の表現を司法解釈で説明でき、国民の納得も得やすく司法実務との調和はあまり難しくない。しかし、問題点は、直接撫養権と間接撫養権を区別する目的は、子と共同生活するかどうかだけであるにもかかわらず、「直接」と「間接」という用語が、共同生活権以外の監護権の側面にも違いがあるという意味に誤解されやすいことである。例えば、直接の親は間接の親より多くの養育費を支払う義務があるように見えるかもしれない。言い換えれば、直接撫養権と間接撫養権を区別すると、これらの権利の範囲や射程に関して曖昧さが生じる可能性もある。

(2) 子の連れ去り・隠匿問題への対処の特別手続

子が直接撫養者と共同生活中に子の連れ去りや隠匿といった問題が発生した場合、婚姻家族編司法解釈二第13条は、人身安全保護命令や人格権禁令の手続を類推適用することができる。しかしながら、将来的には、家事事件手続に基づき、子の引渡しに関する特別な手続を構築することが必要であると考えている。

44) 徐文海「再探共有物分割方法之訴的性質」法治社会2023年4期122頁参照。

子の引渡しに関わる事案における人身安全保護命令の適用範囲は比較的狭い。家庭暴力における人格権禁令の具体的な適用例として、人身安全保護命令は、類推適用するには、「家庭暴力」があることが必要である。未成年子が家庭暴力を受けている場合には、未成年子を連れ去り・隠匿するなどの人身安全が侵害される恐れがある場合、あるいは一方の親が他方の親に対して暴力を振っているのを目撃した場合などは、人身安全保護命令が優先的に適用される⁴⁵⁾。しかしながら、実際には、未成年子を連れ去り・隠匿する案件には、明らかな暴力行為が存在しない場合がほとんどである。

人格権禁令と子の連れ去り・隠匿の問題について、理論上は統一性があるが、その対象が異なっている。人格権禁令は不法行為法上の差止請求権と違い、予防的な手続上の人格権を救済する手段である。その構成要件は「適時に阻止しなければ、その正当な権利益に回復不能な損害を与える」⁴⁶⁾とある。この点からみれば、人格権禁令はほかの請求権に基づく給付訴訟の予備的な存在である。しかし、子の引渡しという目的は予備的なものではなく給付の対象である点からみれば、人格権禁令では直接に子の引渡しという目的を実現することができない。実務もこの点を証明している。人格権禁令が利用されても、結局強制執行ではなく、調停で非直接撫養親がいろいろな圧力をかけられて自ら子を引渡した⁴⁷⁾。

さらに、前述のように離婚後の共同生活権の新設あるいは直接撫養権と間接撫養権を区別する権利構造にすれば、すでに離婚判決に従って子が共同生活権者または直接撫養権者に引渡され、共同生活権者または直接撫養権者と一緒に生活する時期に連れ去る場合には、離婚判決の違反ではなく、共同生活権または直接撫養権への新しい侵害に該当し、権利者は不法行為訴訟を提起することができる。しかし、後述するように、撫養権執行をめぐる紛争は、その持続性、頻繁性、再発性といった特徴を有し、訴訟手続

45) 張小舟「搶奪、隠匿未成年子女の司法回応与裁判規則」法律適用2025年5期137頁参照。

46) 朱虎「人格権侵害禁令的程序實現」現代法学2022年1期174頁参照。

47) 王超・張碩洋・前掲注8) 参照

としての不法行為訴訟では、迅速な決着が困難であり、撫養権執行紛争の本質と齟齬を生じさせている。したがって、今後は、子の引渡しの執行を目的とした子の連れ去り・隠匿の問題に着目し、非訟手続による特別手続を構築することが必要であると主張する。理論上、子の連れ去りや隠匿は不法行為であり、訴訟の対象とされるべきであるが、公益性や継続性を有する訴訟事件を「非訟化」とすることは、現代の法治においては珍しくない⁴⁸⁾。撫養権執行事件は両当事者だけではなく未成年子の個人的利益に関わるものであり、裁判所が非訟手続を通じて職権で迅速に処理することが、明らかにより望ましい解決策である。

(3) 直接執行制度を中心に

上記は直接執行に必要な二つの執行名義である。執行手続の構築においては、まず調停や間接執行を合理的に活用することが重要である。実際には、大部分の撫養権案件は間接執行手段と調停手続を併用して解決されている。直接執行は、子の利益の最大化のための一連の支援措置がなければ、債務者の私的な「児童奪取」に対する公的な「児童奪取」に過ぎない。人身が執行の対象となり得るかどうかについては、学説の主流と過去の司法解釈⁴⁹⁾は否定的な見解を示しているが、一部の学者は依然として特別な状況では人身が執行の対象となり得ると考えている⁵⁰⁾。比較法によれば、ドイツ、日本、台湾のいずれも子の引渡しに関する直接執行制度を確立している。同時に、児童の人格の自由と精神の健康への悪影響を減少するため、直接執行のために一連の具体的な手続を法律で定めている。例えば、台湾

48) 郝振江『非訟程序研究』（法務出版社 2017年）100～102頁参照。

49) 婚姻法司法解释一第32条は、婚姻法第48条で人民法院は面会交流に関する判決や裁定を、それに従わない者に対して執行すると規定されていることは、相手方の面会交流の行使に協力しない個人や団体に対して、拘留や罰金などの措置を課す。子の人身や面会交流その行為を執行してはならない。

50) 肖建国・前掲注34)・106頁参照。陳愛武「論家事案件之執行」河北法学2006年1期73頁参照。楊易紅「論人身強制執行」鄭州大学学报（哲学・社会科学編）2007年3期59頁参照。

における子の引渡しの執行においては、裁判所が債務者に対し一定期間内に執行命令を出す際には、履行しない場合の結果と、直接執行の方法を明記しなければならない。履行期限が経過した後は、両当事者に裁判所に出頭させて具体的な状況を把握するように通知しなければならない。債務者が履行を遅延した場合、裁判所は児童の学校や児童福祉施設に連絡して適切な支援を求め、現地調査を行って児童の実態を把握し、適切な心理カウンセリングを提供し、必要に応じて社会团体や政府機関に連絡して支援を求めなければならない⁵¹⁾。

中国の強制執行法草案第194条は、「執行名義において未成年の子が一方当事者によって撫養されるべきと確定し、他方当事者又は第三者が子の引渡しを拒否した場合、前条に規定する方法による執行に加え、人民法院は子を撫養者に引渡すこともできる。ただし、満8歳以上の子が明確に異議を申し立てた場合は、引渡しを受けることはできない」と規定している。この条項は、立法上直接執行制度を確立しようとしているものの、関連する権利保護手続が欠如したまま、「子の異議申し立て」という概念のみを備えているため、全体として粗雑なものとなっている。さらに、執行権と裁判権の関係という根本的な課題はまだ意見が統一しておらず、強制執行法草案はそのまま放置されている。したがって、直接執行制度を構築する際には、人身が執行の対象となり得るかどうかという理論的な問題に加え、手続の各段階をどのように設置するかについても、より一層工夫すべきであろう。

2、非 訟 手 続

直接執行を重視する前述の実施経路には、以下の3つの問題点が残る。直接撫養（共同生活）、面会交流、養育費などの撫養関連問題を調停・審判手続を通じて包括的に処理することが、中国の現状に即しており、撫養権

51) 盧江陽・前掲注36)・451～452頁参照。

紛争における当事者双方の利益の実現により効果的であると考えている。

(1) 子の人身に直接的な強制措置は、国際的な主流ではない。

ドイツ、日本、台湾では子の引渡しに関する直接執行制度が確立されている。特に令和2年の日本の民事執行法の改正によって子の引渡しの強制執行に関する規定が新たに設けられたが、直接強制の前にいろいろな制限があるだけではなく、債権者若しくはその代理人を執行官が執行の現場に立ち入らせることができる。この条文を見ると、強制執行ができない中国法の視点からみれば、裁判所は債権者の立ち会いという形で執行への参加を求めており、債権者が子を自分の所につれて戻ることに対する補助的な監督役に過ぎないとみられる。実際には、債権者である親が子を連れて戻り、執行官は子を連れて戻れる機会を債権者に与えるだけにみえる。この融通なアプローチは、当事者双方の利益を考慮し、執行が子の心身の健康に与える影響を最小限に抑えることができる。今後、この強制執行ともいえ、強制執行ではないともいえる方法が子の引渡しの主流の形式となることは避けられないだろう。中国における撫養権の執行実務においても、同じような事例が存在した。執行官が直接撫養者を非直接撫養者の住居に連行し、交渉が失敗して事態が制御不能になりそうになったとき、執行官は非直接撫養者に対して制限措置を採ったと同時に、直接撫養者に家の中に入れて子を連れ戻すよう通知し、直接撫養者と子との再会を実現した⁵²⁾。

(2) 執行義務の履行という価値と子の実際の利益とは衝突する

一部の学者は、未成年子の利益を最大化する原則に基づいて直接執行の必要性和正当性を主張している。彼らは、裁判所が様々な要素を考慮に入れ、民法第1084条第3項及び関連規則に基づき、未成年子の利益を最大化する原則に従って判決を下すと考えている。表面的には、執行手続は勝訴

52) 李思・劉浩「孩子撫養權判婦女方、男方拒不執行怎麼辦？紫陽案例」WeChat 公式アカウント「紫陽法院」に掲載 <http://shidaicm.com/fazhi/253333.htm>。

した親の直接撫養権を実現するためのものであるが、本質的には、有効な法律文書に記載されている支払い内容を当事者に履行させることにより、未成年子の利益を最大化する原則を実現させる⁵³⁾。この見解は、未成年子の利益を最大化する原則に基づく撫養権判決は、未成年子にとって最も有利な撫養権の取り決めであり、判決の効果を実現することは、未成年子の利益を実現することであるという論理に従っている。したがって、最も効果的な手段として直接執行が必要である。

しかし、未成年子の利益の最大化という概念は、本質的に不確定なものである。未成年子の利益の最大化は人によって異なり、具体的な状況で検討する必要があり、他の抽象的な概念のように説明し、定義することが難しい⁵⁴⁾。未成年子の利益の最大化の判断は、個々の事例に基づいて行う必要がある。統一された測定基準がないため、裁判官には比較的大きな自由裁量権が与えられている。性別、年齢、結婚歴など、裁判官の個人的な要素は、撫養権の判決に大きな影響を与え、利益のバランスの結果をより不確実にさせる⁵⁵⁾。認識論の観点から、裁判官は既存の要素を総合的に考慮し、将来どちらの親と一緒に暮らすのがより適切かを判断することしかできない。この判断自体は予測的なものであり、実際には子にとって最も有益な取り決めではない可能性がある。さらに、実際の状況の変化により、直接執行の必要性が大幅に低下する可能性がある。ある撫養権案件において、撫養権判決によって二人の子は父が養育すると定められた。母は、子たちが父と暮らすことを明確に望んでいないことを理由に、子の引渡しを拒否した。執行官は、当事者双方、学校の教師、母の戸籍所在地の村民委員会と何度も連絡を取り、二人の子が現在の生活・学習環境に適応し、学業も

53) 劉穎・前掲注26)・126頁参照。張志国「撫養権執行的困境与破解」人民司法2019年34期104頁参照。孫佳欣・徐梓程「涉撫養権案件強制執行的困境及破解」人民法院報2022年7月13日7版参照。

54) 王葆蒨・前掲注13)・36頁参照。

55) 朱晚峰「撫養権紛争中兒童最大利益原則的評估準則」法律科学(西北政法大学学報)2020年6期87頁参照。

順調であること、二人とも母と離れたくないと表明しているものの、父との関係も維持したいと考えることを把握した。父は依然として判決の執行を申し立てたが、裁判所は最終的に実情を考慮し、法に基づいて執行を終了させる裁定を下し、母に撫養権変更訴訟を提起する権利を通知した⁵⁶⁾。

したがって、家事事件手続法がない中国において判決で撫養権の帰属を決めたその現状では、直接執行で裁判文書の強制力を実現することができるものの、本当に子の利益の最大化にかなうものかどうかを慎重に検討する必要がある。執行の価値目標と子の実際の利益との間に矛盾が生じないように、明確な規則を従い、個別的で柔軟に対応することが必要となる。

(3) 撫養権紛争と強制執行が根本的に対立する

家事事件の特殊性は、撫養権事件においてより顕著である。非直接撫養者が子連れ去り、隠匿したり、あるいは子の引渡し判決に従わなかったりして、撫養権の実現を阻害する具体的理由は多岐にわたる。夫婦間の長年のわだかまりから、相手方に対する罰として子連れ去る場合もあり⁵⁷⁾、直接撫養者が通常の面会交流を妨害し、極端な行動に出る場合もある⁵⁸⁾。子の引渡し後、円滑に面会交流ができないことを懸念する場合も考えられる⁵⁹⁾。また、上記のケースのように、子が撫養権を持つ親と一緒に暮らしたくないと明確に述べ、子の引渡しを拒否する場合も考えられる。つまり、撫養権案件における当事者間の対立は、その背後に家庭内の矛盾や恨みといった様々な不合理な要因が絡み合っている。そのため、たとえ間接的・直接

56) 吉全「小案例大道理 | 尊重未成年入真実意願、柔性執結撫養權糾紛争」WeChat 公式アカウント「重慶潼南区法院」に掲載 https://mp.weixin.qq.com/s/Akc-yjVsp9IMd2yfpKtNA?scene=1&click_id=103。

57) 張曉茹「日本家庭法院及其对我国的啓示」比較法研究2008年第3期66頁参照。

58) 王丹・前掲注42)・121頁参照。

59) 汕尾市中級人民法院「清官可斷家務事！汕尾陸豐市人民法法院巧解兩件撫養權案」WeChat 公式アカウント「汕尾市中級人民法院」に掲載 http://mp.weixin.qq.com/s/QwSf8B1CLJW-esTzOhYK1A?scene=1&click_id=112。

的な強制措置を利用して子を一時的に直接撫養者と暮らせるようにしたとしても、両親間の核心的な対立や根本原因が解決・緩和されなければ、非直接撫養者は将来の面会交流の過程で、蓄積された対立が噴出し、子の連れ去りや隠匿を繰り返し企てる事態につながる可能性がないとも言えない。強制執行に重点を置きすぎて両親の対立への対処を怠れば、事態はかえって悪化し、撫養権紛争の解決にはつながらない可能性がある。つまり、撫養権紛争は複雑な原因による再発を特徴とし、継続的な紛争であるため、一回の強制執行では問題を根本的に解決することはできない。

したがって、撫養権の実現は、面会交流や養育費などの問題と組み合わせ、具体的な状況に基づき、単独の家事事件手続の中で具体的な計画を策定し、家族間の葛藤を発見・緩和・解決することで、執行を阻む根本原因を徹底的に排除すべきであると主張する。各裁判所における優れた執行事例の実務から学ぶべきである。例えば、面会交流に関する執行事例では、執行官が、当事者間の葛藤の根本原因、現在の生活状況、心理状態、その他の事実関係を徹底的に調査するために努力した。そして、両親と子のニーズ、葛藤、性格特性に基づいた「家族感情の養成計画」を策定し、最終的に裁判所の介入なしに自主的な面会交流が実現された⁶⁰⁾。このような家族間の葛藤に対処して紛争を解決するというアプローチは、撫養権、面会交流、養育費といった家族間の紛争を含むあらゆる執行事例に十分に適用可能である。調停などの非訟手続を通じて問題の根本原因を総合的に解決することで、家族紛争の処理、親と子双方の利益の保護、未成年者の健全な心身の発達の促進などにより適している。

おわりに

離婚後は単独親権をとる改正前の日本法にとっては、直接に子の引渡し

60) 張超「這一份“親情養成計畫”，努力讓探望之路暢通無阻」WeChat 公式アカウント「上海徐匯法院」に掲載 <https://mp.weixin.qq.com/s/vxEvdDZWRfwAjrkJGxJGQ>。

請求権があるので、強制執行には法律上の障碍がない。ドイツと同じような離婚後の双方親権の中国にとっては、ドイツのように居所指定権に似る共同生活権あるいは直接撫養権を新設して強制執行の名義を与えるのも可能なルートである。

しかし、一方、家事事件手続法や特別の司法制度もないし、関連の執行規則もない状態では、単なる実体法上の家族法での請求権の新設は別の問題を導く恐れがある。他方、日本の家族法改正による離婚後の選択的共同親権制の採用や執行法の債権者の立ち入りの必要などの法改正からみれば、日本法でも子の引渡しの直接執行の合理性と必要性への反省と制限の傾向は明らかになると考える。国際婚姻やハーグ条約が原因で、子の引渡しの執行原則が揺らいでいるが、結局、面会交流や養育費などとあわせて家事事件手続において「家族感情の養成計画」のような執行外の自主的履行を促すのが適切である。

